

Soziale Absicherung bei Krankheit – Entgeltfortzahlung, Krankengeld und Eingliederungsmanagement

Katja Nebe

Einleitung

Die soziale Absicherung der Beschäftigten bei Krankheit durch Entgeltfortzahlung und Krankengeld ist essentiell für deren Existenzsicherung. Beides – Entgeltfortzahlung und Krankengeld – sind zugleich zentrale Merkmale des sozialen Arbeitsrechts sowie des Sozialversicherungsrechts. Angesichts einer stetigen Zunahme chronischer Erkrankungen und einer längeren Lebensarbeitszeit mit einem zugleich statistisch steigenden Risiko physischer oder psychischer Beeinträchtigungen im fortgeschrittenen Erwerbsalter¹ wird eine nachhaltige soziale Absicherung vor allem durch effektive Präventionspflichten bzw. Wiedereingliederungsmaßnahmen bei Krankheit² erreicht. Auch die mit länger andauernden Krankheitszeiten steigenden finanziellen Belastungen, sei es der Arbeitgeber durch Entgeltfortzahlung, sei es der Krankenkassen durch Krankengeld, sei es der sonstigen Sozialleistungsträger wegen vorzeitigem Verlust der Erwerbsfähigkeit, erfordern eine vorrangig präventive Vermeidung von Krankheit bzw. eine zügige Unterstützung arbeitsunfähiger Beschäftigter, um eine längere Distanz vom Erwerbsleben mit allen nachteiligen Folgen zu verhindern.³

Die strategischen Prämissen sind damit offen gelegt: Angesichts der Herausforderungen der Arbeitswelt sollten an erster Stelle die Aufgaben zur Vermeidung von Krankheit bzw. zur Wiedereingliederung bei Krankheit thematisiert werden. Gleichwohl werden im Folgenden zunächst allgemein die Voraussetzungen und der Umfang von Krankengeld und Entgeltfortzahlung behandelt. Hierbei soll besonders auf die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als maßgeblichen Rechtsbegriff eingegangen

1 Vgl. Daten aus BT-Drs. 18/8587, S. 1 ff.

2 Vgl. Nationaler Aktionsplan, „Unser Weg in eine inklusive Gesellschaft“, BMAS 2011, S. 35 und konkreter BMAS, Schritt für Schritt zurück in den Job, 2014.

3 Umfassend *Weber/Peschkes/de Boer*, Return to Work – Arbeit für alle, Stuttgart 2015.

werden. Ferner wird die Entlastung kleinerer Unternehmen durch das Umlageverfahren erörtert.

Erst in einem zweiten Teil wird der Fokus auf neuere Instrumente gerichtet. Diese verpflichten sowohl die Arbeitgeber als auch die Krankenkassen und andere Sozialleistungsträger, die Wiedereingliederung von langzeiterkrankten Beschäftigten zu organisieren. Damit sollen der Verlust des Arbeitsplatzes sowie Frühverrentungen verhindert und gleichzeitig künftige Arbeitsunfähigkeiten vermieden werden.

Abschließend werden die jüngsten rechtspolitischen Maßnahmen aufgezeigt, mithilfe derer im deutschen Arbeits- und Sozialrecht die verschiedenen Aufgaben zur Prävention und Rehabilitation stärker miteinander verzahnt werden. Der Bereich krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist dabei ein besonders anschauliches Feld für das notwendige, aber auch effektive Zusammenwirken von Arbeitsrecht und Sozialrecht.⁴

A. Voraussetzungen und Umfang von Krankengeld und Entgeltfortzahlung

1883 wurde unter Reichskanzler Bismarck die Gesetzliche Krankenversicherung eingeführt. Seitdem ist das Risiko, infolge von Krankheit kein Arbeitsentgelt erzielen zu können, durch Krankengeldansprüche abgesichert. Heute ist der Krankengeldanspruch im Fünften Buch des Sozialgesetzbuch (SGB V), dem Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, geregelt. Danach haben Versicherte Anspruch auf Krankengeld, wenn sie aufgrund einer Krankheit arbeitsunfähig sind oder sie auf Kosten der Krankenkasse stationär in einem Krankenhaus oder einer Rehabilitationseinrichtung behandelt werden, vgl. § 44 SGB V. Der Krankengeldanspruch entsteht bei Arbeitsunfähigkeit mit dem Tag der ärztlichen Feststellung, vgl. § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V. Das Krankengeld beträgt gemäß § 47 Abs. 1 S. 1 SGB V 70 Prozent des regelmäßigen erzielten Arbeitsentgelts.⁵

4 Allgemein zur Wechselwirkung von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht *Nebe*, Prävention und Rehabilitation – Erhaltung und Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit als Schnittstellenproblem, in: SDSRV Bd. 63, Das Sozialrecht für ein längeres Leben, Berlin 2013, S. 57; zur mehrfachen Zielrichtung von stabilisierenden Sozialleistungen *Nebe*, Verzahnung der Sozialversicherung mit der betrieblichen Personalpolitik, in: Müller/Hummel/Peters-Lange/Toepler/Schuhmann (Hrsg.), Handbuch Sozialversicherungswissenschaft, Wiesbaden 2015, S. 591.

5 Ausführlich dazu *Legde*, in: Hänlein/Schuler (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB V, 5. Aufl., Baden-Baden 2016, § 47, Rn. 1 ff.

Die meisten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sind allerdings bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zunächst besser als nur in Höhe von 70 Prozent ihres vorherigen Nettoentgeltes abgesichert. Denn vorrangig muss der Arbeitgeber während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit das bisherige Entgelt in voller Höhe fortzahlen, § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG). Dieser arbeitsvertragliche Anspruch entsteht bereits nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Auf eine konkret erbrachte Arbeitsleistung kommt es für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht an, vgl. § 3 Abs. 3 EFZG.⁶ In der Praxis stellt sich nicht selten die Frage, wie zu verfahren ist, wenn Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern, weil nach deren Behauptung die Voraussetzungen des § 3 EFZG nicht erfüllt seien. Hier müssen Leistungsträger dringend auf ihre Vorleistungspflicht verwiesen werden. Der Anspruch auf Krankengeld entsteht schon vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an. Allerdings ruht der Anspruch auf die Sozialleistung während der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber, § 49 SGB V. Der Krankengeldanspruch ruht aber nur dann, wenn *tatsächlich* Entgelt durch den Arbeitgeber gezahlt wird. Solange dieser kein Entgelt fortzahlt, müssen Krankenkassen mit Krankengeld in Vorleistung gehen und sich gem. § 115 SGB X direkt mit dem Arbeitgeber, ggf. auch gerichtlich, über die Legalzession und damit über das Bestehen des Entgeltfortzahlungsanspruches auseinandersetzen.⁷

Die Ursache für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist sowohl für das Krankengeld als auch für die Entgeltfortzahlung irrelevant. Lediglich in den sehr seltenen Fällen, in denen der Arbeitnehmer grob gegen die eigenen Interessen eines verständigen Menschen verstoßen hat (sog. Verschulden gegen sich selbst⁸), ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung ausgeschlossen. Ein Ausschluss des Entgeltsfortzahlungsanspruches wegen einer solchen Obliegenheitsverletzung wird nur selten angenommen.⁹ Dies ist richtig, denn der Arbeitnehmer ist gegenüber dem Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein seine Gesundheit schonendes Freizeitverhalten zu praktizieren. Es ist Ausdruck des grundrechtlich geschützten allgemeinen Per-

6 Reinhard, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl., München 2017, § 3 EFZG, Rn. 33.

7 So klar für die Krankenkassen Legde, in: Hänlein/Schuler (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB V, 5. Aufl., Baden-Baden 2016, § 49, Rn. 5.

8 BAG, 18.3.2015, 10 AZR 99/14, BAGE 151, 159 = NZA 2015, 801.

9 Vgl. Fälle bei Reinhard, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl., München 2017, § 3 EFZG, Rn. 25 ff.

sönlichkeitsrechts, dass Beschäftigte außerhalb der Arbeitszeit ihr Leben selbstbestimmt gestalten können, ohne ihre Lebensgrundlage schon bei einem vernünftigerweise nicht ausschließbaren Lebensrisiko zu verlieren.

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber ist vorrangig gegenüber dem Krankengeldanspruch gegen die Krankenversicherung, vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V. Allerdings ist der Entgeltfortzahlungsanspruch je Krankheitsfall auf sechs Wochen begrenzt. Dauert die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit länger an, dann zahlt die Krankenkasse längstens bis zur 78. Woche Krankengeld, § 48 SGB V. Ist die Arbeitsfähigkeit dann immer noch nicht wiederhergestellt, tritt bei Vorliegen der Voraussetzungen die Arbeitslosenversicherung nach dem SGB III, ansonsten die Grundsicherung nach dem SGB II ein.

B. Definition der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit

Es fällt auf, dass sowohl beim Krankengeld als auch bei der Entgeltfortzahlung nicht allein von der *Krankheit* als Voraussetzung für den Anspruch die Rede ist. Sowohl das deutsche Sozial- als auch Arbeitsrecht verlangen vielmehr, dass die Krankheit auch zur *Arbeitsunfähigkeit* führt. Beide Begriffe sind im Gesetz an keiner Stelle näher bestimmt. Allerdings kann nach ganz herrschender Meinung von folgenden Definitionen ausgegangen werden:

Eine Krankheit ist jeder regelwidrige Körper- oder Geisteszustand.¹⁰ Arbeitsunfähig ist, wer die vor Beginn einer Krankheit ausgeübte Tätigkeit aufgrund dieser Krankheit entweder überhaupt nicht mehr oder nur auf die Gefahr hin ausüben kann, seinen Zustand zu verschlimmern.¹¹ Dabei muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit bestehen; die Krankheit muss zumindest wesentliche Ursache für die Unfähigkeit zur Arbeitsleistung sein.

An dieser Stelle ist ausdrücklich auf eine Besonderheit im deutschen Recht hinzuweisen. Die Frage, welche Tätigkeit noch ausgeübt werden kann, wird anhand der konkreten Anforderungen des bisherigen Arbeitsplatzes beantwortet. Sobald schon ein Teil der auf dem Arbeitsplatz zu

10 St. Rspr. des BSG, vgl. BSGE 59, 119, 121.

11 BSG, 8.11.2005, B 1 KR 18/04 R, SozR 4-2500 § 44 Nr. 7; BAG v. 22.12.197, 1 AZR 180/71, BB 1972, 878 = BAGE 24, 84; ausführlich *Deinert/Welti/Winkler*, SWK-BR 2014, Stufenweise Wiedereingliederung, Rn. 9 ff.

verrichtenden Tätigkeiten nicht mehr erbracht werden kann, liegt Arbeitsunfähigkeit vor.¹² Es reicht, wenn der Arbeitnehmer seine konkreten vertraglichen Pflichten entweder qualitativ oder quantitativ nicht vollständig erbringen kann.¹³ Das Gesetz kennt keine Teilarbeitsunfähigkeit.¹⁴ Aus der Rechtsvergleichung wissen wir, dass eine solche gerade in anderen Rechtssystemen anerkannt ist. So wird beispielsweise im niederländischen Arbeitsrecht auch von einer denkbaren Teilarbeitsfähigkeit des erkrankten Beschäftigten ausgegangen.¹⁵

Die Arbeitsunfähigkeit wird von einem zugelassenen Arzt bzw. einer zugelassenen Ärztin attestiert. Dies setzt voraus, dass sich der Arzt oder die Ärztin über die bisherige Tätigkeit ein Bild macht und die bisherigen Arbeitsanforderungen mit den infolge der Erkrankung eingetretenen Einschränkungen vergleicht. Die näheren Vorgaben für die Feststellung und die Dokumentation der Arbeitsunfähigkeit zur Vorlage gegenüber dem Arbeitgeber sind in den sog. „Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien“¹⁶ festgelegt. Hierbei handelt es sich um untergesetzliche Bestimmungen, die vom Gemeinsamen Bundesausschuss der Gesetzlichen Krankenkassen festgelegt werden und die für alle Vertragsärzte, die an der Versorgung zu Lasten der Gesetzlichen Krankenversicherung teilnehmen, kraft gesetzlicher Anordnung verbindlich sind, vgl. § 91 Abs. 6 SGB V. Haben der Arbeitgeber oder die Krankenkasse Zweifel an der Richtigkeit des ärztlichen Zeugnisses über die attestierte Arbeitsunfähigkeit, können sie den Medizinischen

12 Reinhard, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl., München 2017, § 3 EFZG, Rn. 9.

13 Für den Fall, dass die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung nur mit unwesentlichen Einschränkungen erbracht werden kann (so wenn z. B. bei einem Vier-Schicht-System Nacharbeit mit einem bisherigen Anteil von max. 5 Prozent der Arbeitszeit nicht wie vertraglich geschuldet geleistet werden kann), muss der Arbeitgeber die angebotene Arbeit dennoch annehmen und darf den leistungsbereiten Arbeitnehmer nicht auf Arbeitsunfähigkeit verweisen; andernfalls bleibt er zur Zahlung von Annahmeverzugslohn verpflichtet, so BAG, 9.4.2014, 10 AZR 637/13, DB 2014, 1434.

14 Legde, in: Hänlein/Schuler (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB V, 5. Aufl., Baden-Baden 2016, § 44 SGB V, Rn. 9.

15 Instrukтив Mittag u. a., Arbeitgeberverantwortung für die Wiedereingliederung kranker Arbeitnehmer: Das Modell Niederlande, RP-Reha, 2014, Heft 1, S. 67 ff.

16 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur Stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 SGB V (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie), i. d. F. v. 14.11.2013, veröffentlicht im Bundesanzeiger AT 27.1.2014 B4, in Kraft getreten am 28.1.2014.

Dienst der Krankenkassen gemäß § 275 SGB V mit einer Überprüfung beauftragen.

C. Solidarisierung durch Umlageverfahren und paritätische Sozialversicherungsbeiträge

Zumindest für Arbeitgeber mit kleinen Betrieben, d. h. mit bis zu 30 Beschäftigten, hat der Gesetzgeber die Kosten für die Entgeltfortzahlungspflicht solidarisiert. Das Gesetz über den Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (AAG)¹⁷ sieht vor, dass Arbeitgeber mit max. 30 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine Umlage zahlen. Aus dieser werden dann 80 Prozent der Entgeltfortzahlungskosten an den Arbeitgeber erstattet. Die Umlage wird von den Krankenkassen verwaltet. Die Kosten der Umlage für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, sog. U1-Umlage, sind relativ gering. Die Umlagesätze liegen zwischen 1,1 und 2,7 Prozent der Lohnkosten.

Während die Mittel für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall allein von den Arbeitgebern aufgebracht werden, sind die Arbeitgeber an der Finanzierung des Krankengeldes zumindest beteiligt. Das Krankengeld ist eine Sozialversicherungsleistung. Typisch für das deutsche Sozialversicherungssystem ist die grundsätzlich paritätische Finanzierung. Die Versicherungsbeiträge werden jeweils ungefähr zur Hälfte von beiden Seiten – Arbeitgeber und Arbeitnehmer – aufgebracht und nach der Höhe der jeweiligen Arbeitseinkommen bemessen. Zurzeit liegen die Krankenversicherungsbeiträge bei ca. 15 Prozent. Den Arbeitnehmern wird ein Teil ihres Arbeitsentgelts für die Sozialversicherung (einschließlich der Krankenversicherung) abgezogen. Die Arbeitgeber zahlen die andere Hälfte direkt.¹⁸

Wegen dieser Kostenbeteiligung haben natürlich auch Arbeitgeber ein großes wirtschaftliches Interesse, die Fälle von Langzeiterkrankungen zu senken, um damit wiederum die Ausgaben für Krankengeld gering zu hal-

17 Vor Erlass des AAG war die Umlage wegen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Lohnfortzahlungsgesetz geregelt. Dieses wurde geändert, nachdem das Bundesverfassungsgericht eine mutterschutzrechtliche Regelung für verfassungswidrig erklärt hatte, BVerfG, 18.11.2003, 1 BvR 302/96, BVerfGE 109, 64 = BGBl. I 2004, 69. Im Zuge der mutterschutzrechtlich gebotenen Neuregelung wurde auch die Entgeltfortzahlung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit im AAG kodifiziert.

18 Zu Einzelheiten vgl. §§ 28 d SGB IV ff.

ten. Bundesweit steigen die Ausgaben für Krankengeld kontinuierlich an. 2015 wurden ca. 10,5 Milliarden Euro für Krankengeld ausgegeben. Im Vergleich zu den Gesamtausgaben der Gesetzlichen Krankenversicherungen von ca. 209 Mrd. Euro ist dies zwar nicht sehr hoch. Da die Krankengeldkosten allerdings sehr dynamisch anwachsen,¹⁹ wird seit einiger Zeit verstärkt nach Mitteln zur Gegensteuerung gesucht.

Damit lässt sich zu den vordringlichen Instrumenten der Prävention und der Wiedereingliederung überleiten.

D. Stufenweise Wiedereingliederung

Schon seit den 1970er Jahren sieht das Krankenversicherungsrecht vor, dass Ärzte bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit auch prüfen sollen, ob die erkrankten Beschäftigten ihre Tätigkeit zumindest noch teilweise erbringen können.²⁰ Lässt sich dies feststellen, soll dann geprüft werden, ob bei einer allmählichen Steigerung der Arbeitszeit und/oder einer Veränderung der Arbeitsinhalte der Beschäftigte wieder besser in das Arbeitsleben eingegliedert werden kann. Der Arzt oder die Ärztin bescheinigt in diesem Fall einen sog. Stufenplan und der noch arbeitsunfähige Arbeitnehmer kann durch eine Stufenweise Wiedereingliederung die Rückkehr in den Betrieb versuchen. Seit 2001 finden sich die Regelungen nicht nur für die Krankenversicherung, dort schon seit jeher in § 74 SGB V, sondern für alle Fälle, in denen eine medizinische Rehabilitation stattfindet, in § 28 SGB IX, ab dem 1. Januar 2018²¹ in § 44 SGB IX.

-
- 19 Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Sondergutachten 2015, Krankengeld – Entwicklung, Ursachen und Steuerungsmöglichkeiten, S. 70.
- 20 Umfassend zur Stufenweisen Wiedereingliederung *Dyck*, Stufenweise Wiedereingliederung nach §§ 28 SGB IX, 74 SGB V, Dissertation Frankfurt a. M. (u. a.) 2011; *Gawlick*, Die Stufenweise Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer in das Erwerbsleben nach § 28 SGB IX/§ 74 SGB V, Dissertation Freiburg 2009.
- 21 Im Zuge des am 23.12.2016 verabschiedeten Bundesteilhabegesetzes wird das SGB IX mit Wirkung zum 1.1.2018 geändert, in Teilen grundlegend neu gestaltet, in anderen Teilen, wie z. B. hinsichtlich der Stufenweisen Wiedereingliederung nur die Nummerierung der bisher geltenden Paragraphen verschoben, vgl. BGBl. I, Nr. 66 v. 29.12.2016, S. 3234 ff. Zum Bundesteilhabegesetz *Luik*, RP-Reha, 2017, Heft 2, S. 5 ff.

Mit einer solchen Stufenweisen Wiedereingliederung sind zahlreiche praktische, psychosoziale und vor allem auch rechtliche Fragen verbunden. Während der Stufenweisen Wiedereingliederung ist der Arbeitnehmer immer noch krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Erst dann, wenn er bzw. sie wieder im vollen Umfang die vor der Krankheit erbrachte Tätigkeit leisten kann, endet die Arbeitsunfähigkeit (vgl. oben zur Arbeitsunfähigkeit unter B.). Das deutsche Recht kennt keine Teilarbeitsfähigkeit.²² Der Arbeitnehmer erhält während der Stufenweisen Wiedereingliederung grundsätzlich auch weiterhin nur Krankengeld von der Gesetzlichen Krankenversicherung oder, wenn er zuvor eine medizinische Rehabilitation durch die Gesetzliche Rentenversicherung oder die Gesetzliche Unfallversicherung erhalten hat, entweder Übergangsgeld, vgl. §§ 65, 66 SGB IX, §§ 20, 21 SGB VI, oder Verletztengeld, vgl. § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX, §§ 45 ff. SGB VII.²³ Auch im Fall, dass der Beschäftigte inzwischen Arbeitslosengeld bezieht, kommt eine Stufenweise Wiedereingliederung in Betracht, ohne dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld von der dafür zuständigen Bundesagentur für Arbeit gekürzt oder gestrichen werden dürfte.²⁴

Für den Arbeitnehmer liegen die Vorteile der Stufenweisen Wiedereingliederung darin, dass er bei der Rückkehr an den Arbeitsplatz nicht sofort mit der vollen Belastung einsteigen muss. Gerade nach langen oder schweren Erkrankungen ist es wichtig, dass die Beschäftigten wieder Vertrauen in die eigene Leistungsfähigkeit gewinnen. Die Wiedereingliederung wird laufend ärztlich überprüft,²⁵ so dass gegebenenfalls der Stufenplan auch angepasst werden kann.

Für den Arbeitgeber besteht der Vorteil, dass sich die Beschäftigten nicht zu lange vom Arbeitsalltag entwöhnen. Je früher sie wieder an den Arbeitsplatz zurückkehren, umso länger bleiben sie auch stabil in der Be-

22 Vgl. *Ledge* (Fn. 14).

23 Ausführlich zur Absicherung *Nebe*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol* (Hrsg.), SGB IX, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 2018, § 44, Rn. 31 ff.

24 BSG, 17.12.2013, B 11 AL 20/12 R, SuP 2014, 236 mit zust. Anm. *Luik*, jurisPR-SozR 14/2014, Anm. 2; BSG, 21.3.2007, B 11 a AL 31/06 R mit zust. Anm. *Ungerer* SuP 2008, 387 sowie *Luik*, jurisPR-SozR 24/2007 Anm. 4.

25 Zu den Risiken einer unzureichenden ärztlichen Kontrolle über den Prozess der Stufenweisen Wiedereingliederung anschaulich OLG Koblenz, 16.10.2012, 5 U 931/12, VersR 2013, 1400 mit Anm. *Janda*, MedR 2014, 314.

schäftigung.²⁶ Zugleich steht dem Arbeitgeber ein Beschäftigter mit einer Teilleistungsfähigkeit zur Verfügung, der von der Krankenkasse durch Krankengeld finanziert wird.

Lange diskutiert wurde, wie eine praktizierte Stufenweise Wiedereingliederung in das Rechtsverhältnis zwischen Betriebsinhaber und Rehabilitand einzuordnen ist. Heute kann als Konsens festgehalten werden, dass auch die Stufenweise Wiedereingliederung am bestehenden, allerdings wegen der anhaltenden Arbeitsunfähigkeit in seinen Hauptleistungspflichten eingeschränkten Arbeitsverhältnis nichts ändert. Das ruhende Arbeitsverhältnis bleibt unverändert. Da die Stufenweise Wiedereingliederung im Betrieb stattfindet, ist sie auf die Organisation des Betriebsinhabers und damit auf vertragliche Abreden zwischen Rehabilitand und Betriebsinhaber angewiesen. Der Rehabilitand wird nicht zur Leistung von Diensten gegen Vergütung, sondern in allererster Linie aus therapeutischen Gründen beschäftigt. Die konkrete Vereinbarung seiner Beschäftigung im Rahmen einer Stufenweisen Wiedereingliederung lässt sich daher keinem typischen Vertrag zuordnen und wird deshalb als Vertrag eigener Art angesehen. Dieses Rechtsverhältnis *sui generis* tritt neben das ruhende Arbeitsverhältnis.²⁷ Selbst ein im Rahmen der Stufenweisen Wiedereingliederung für den Arbeitgeber messbarer Mehrwert qualifiziert die Dienste nicht als im Austausch gegen Entgelt erbrachte. Allerdings steht es den Parteien des ruhenden Arbeitsvertrages frei, auch einen weiteren echten Arbeitsvertrag zu schließen, z. B. ein echtes Teilzeitarbeitsverhältnis auf Zeit, so wenn die teilweise Leistungseinschränkung längerfristig andauern wird.²⁸

Nicht selten ist streitig, ob Beschäftigte gegenüber ihren Arbeitgebern einen Anspruch darauf haben, ihnen tatsächlich eine Stufenweise Wieder-

26 Vgl. die Untersuchung von *Bürger* u. a., Stufenweise Wiedereingliederung zulasten der GRV, *Die Rehabilitation* 2011, S. 74; *Bürger* u. a., Wer profitiert von Stufenweiser Wiedereingliederung?, *Die Rehabilitation* 2011, 178.

27 BSG, 17.12.2013, B 11 AL 20/12 R, SuP 2014, 236; so schon BAG AP Nr. 1 und Nr. 3 zu § 74 SGB V; zust. ebenfalls *Majerski-Pahlen*, in: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen (Hrsg.), SGB IX, 12. Aufl., München 2010, § 28, Rn. 5; *Hoyningen-Huene*, NZA 1992, 49, 52; a. A. *Glaubitz*, NZA 1992, 402; a. A. bei wirtschaftlichem Austauschcharakter wohl auch SG Karlsruhe, 17.11.2008, S 5 AL 4129/08.

28 Vgl. BAG, 29.1.1992, 5 AZR 37/91, AP Nr. 1 zu § 74 SGB V = NZA 1992, 643 sowie BAG, 25.10.1973, 5 AZR 141/73, AP Nr. 42 zu § 616 BGB = BB 1974, 2309; zu den weiteren vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten *Gagel*, NZA 2001, 988, 990.

eingliederung zu ermöglichen.²⁹ Die praktische Durchführung im Betrieb setzt die Mitwirkung des Arbeitgebers voraus. Je größer dessen Interesse, desto weniger wird er die Mitwirkung verweigern. Motivierte Beschäftigte sollten sich ihrer Rechtsposition bewusst sein, um das berechtigte Verlangen nach einer Stufenweisen Wiedereingliederung auch effektiv geltend machen zu können. Die §§ 74 SGB V und 44 SGB IX selbst verpflichten nur die Sozialleistungsträger. Verweigern sich Arbeitgeber einer Stufenweisen Wiedereingliederung, können sich schwerbehinderte Beschäftigte auf die Pflicht zur behinderungsgerechten Beschäftigung und den Anspruch gem. § 164 Abs. 4 SGB IX berufen.³⁰ In der Literatur wird inzwischen weitgehend übereinstimmend auch einfach behinderten Beschäftigten (also mit einem Grad der Behinderung unter 50 bzw. ohne Gleichstellung) der Anspruch auf Beschäftigung zur Stufenweisen Wiedereingliederung zuerkannt.³¹ Die dogmatische Begründung ergibt sich aus der europa- und völkerrechtskonformen Auslegung des deutschen Arbeitsrechts, denn die Pflichten nach europäischem Recht sowie nach der UN-BRK über die angemessenen Vorkehrungen zugunsten behinderter Menschen

29 Vgl. <http://fma.reha-recht.de/index.php/Thread/20-Haben-Arbeitnehmer-innen-ein-individuellen-Anspruch-auf-die-Stufenweise-Wieder/>, letzter Abruf am 25.8.2017.

30 BAG, 13.6.2006, 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91 ff.; dazu *Beyer/Wocken*, DB 2013, 2270; umfassend zur behinderungsgerechten Beschäftigung *Boecken*, RdA 2012, 210 ff.

31 Ausdrücklich *Gagel*, br 2011, 66, 71; *Gagel*, DVfR Beitrag Forum B 2/2010; *Gagel*, jurisPR-ArbR 6/2007 Anm. 1; *Gagel*, DVfR Beitrag Forum B 9/2005; *Gagel*, NZA 2001, 988, 991 f.; *Dyck*, Stufenweise Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX, § 74 SGB V, Frankfurt a. M. (u. a.) 2011, S. 152 ff.; *Nebe*, DB 2008, 1801, 1804 m. w. N.; *Nebe*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol* (Hrsg.), SGB IX, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 2015, § 28, Rn. 16; ebenso *Deinert*, ZSR Sonderheft 2005, 104, 124; *Deinert*, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Handbuch SGB IX, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, § 16, Rn. 37; *Gagel/Schian*, br 2006, 53, 55; *Pick*, DVfR Beitrag Forum B 8/2007; *Oppermann*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB IX, 26. Ergänzungslieferung, Berlin 2014, § 28, Rn. 15; *Kohte*, jurisPR-ArbR 21/2006 Anm. 4.; *Kohte*, in: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., München 2017, § 81 SGB IX, Rn. 2; *Welti*, DVfR Beitrag Forum A 9/2006; v. *Roetteken* stützt sich auf § 241 Abs. 2 BGB, jurisPR-ArbR 33/2013 Anm. 1; ebenso *Beyer/Wocken*, DB 2013, 2270 ff.; a. A. *Boecken*, RdA 2013, 210, 216; *Knittel*, in: *ders.* (Hrsg.), SGB IX, 6. Aufl., Köln 2012, § 28, Rn. 26 h. a. E.; zur Pflicht über den Umweg der Empfehlung im BEM *Geiger*, info also 2012, Heft 5, S. 195, 196.

(Art. 5 RL 2000/78/EG und Art. 2, 27 UN-BRK³²) unterscheiden nicht nach einem Behinderungsgrad oder einer Schwere der Behinderung.³³ Das BAG hat in der wichtigen Entscheidung vom 19. Dezember 2013³⁴ ausführlich dargelegt, dass die allgemeine Schutzpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB Arbeitgeber verpflichtet, angemessene Vorkehrungen zum Schutz beeinträchtigter Beschäftigter zu treffen. Ist die verlangte Stufenweise Wiedereingliederung dem Arbeitgeber im Einzelfall zumutbar, muss er sie ermöglichen.

Anspruchsvoller ist die dogmatische Herleitung des Mitwirkungsanspruches zugunsten von Beschäftigten, für die eine Behinderung (noch) nicht festgestellt ist. Die Rechtsprechung hat über einen generellen Anspruch auf Stufenweise Wiedereingliederung noch nicht entschieden, allerdings über die Pflicht des Arbeitgebers zur Umsetzung von im Betrieblichen Eingliederungsmanagement (§ 167 Abs. 2 SGB IX) empfohlenen Maßnahmen. Unterlässt der Arbeitgeber die im Ergebnis des BEM-Prozesses empfohlene Stufenweise Wiedereingliederung, obwohl sie ihm zumutbar ist, macht er sich schadenersatzpflichtig und muss ggf. Lohn als Annahmeverzugslohn zahlen.³⁵ Überdies ist aber auch ein direkter Anspruch auf Mitwirkung des Arbeitgebers an einer Stufenweisen Wiedereingliederung zu bejahen.³⁶ Rechtsgrundlage ist der ruhende Arbeitsvertrag und in dessen Rahmen entweder § 241 Abs. 2 BGB oder § 618 BGB mit seiner Pflicht zur gesundheitsgerechten Beschäftigung. Die jüngere

32 Zum systematischen Zusammenhang zwischen verbotener Diskriminierung und der Versagung angemessener Vorkehrungen in der UN-BRK *Aichele/Althoff* und *Trenk-Hinterberger*, jeweils in Welke, UN-BRK, 2012 sowie *Nebe*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/III, 55. Ergänzungslieferung, München 2014, vor §§ 112-129 SGB III, Rn. 1 i ff.

33 EuGH, 11.4.2013, Rs. C-335/11 (Ring) und Rs. C-337/11 (Skouboe Werge), NZA 2013, 553 mit Anm. *Groskreutz/Welti*, RP-Reha 2014, Heft 1, S. 25; BAG, 3.4.2007, 9 AZR 823/06, NZA 2007, 1098; *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl., München 2017, § 1 AGG, Rn. 11; *Kohte*, in: Knickerehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., München 2017, § 81 SGB IX, Rn. 2.

34 BAG, 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 mit Anm. *Beyer/Wocken*, RP-Reha 2014, Heft 3, S. 25 ff.; *Nebe*, in: Kohte/Faber/Feldhoff (Hrsg.) Handkommentar-ArbSchR, Baden-Baden, 2. Aufl., 2017, § 618 BGB, Rn. 41; a. A. *Lange*, SAE 2007, 303, 308.

35 LAG Hamm, 4.7.2011, 8 Sa 726/11, mit Anm. *Nebe/Kalina*, RP-Reha 2014, Heft 1, S. 31 ff.

36 *Gagel*, DVfR Beitrag Forum B 2/2010.

Rechtsprechung des EuGH, verstärkt durch die Wirkung der UN-BRK³⁷, stützt diese Sicht, denn eine Erkrankung ist einer Behinderung dann gleichgestellt, wenn sich die Krankheitsfolgen vergleichbar denen einer Behinderung auswirken und längerfristig anhalten.³⁸ Diese Pflicht lässt sich gut auf den bereits benannten § 618 BGB stützen, der die gesundheitsgerechte Beschäftigung nicht an eine festzustellende Behinderung knüpft.³⁹ Aus der gesundheitsbezogenen Schutzpflicht des Arbeitgebers folgt dessen Verantwortung, die Beschäftigungsfähigkeit seines Arbeitnehmers zu erhalten.⁴⁰ Dies umfasst die Pflicht, mit dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer eine Wiedereingliederungsvereinbarung abzuschließen, soweit dies für den Arbeitgeber zumutbar ist.⁴¹

Die Mitwirkungsbereitschaft der Arbeitgeber wird sich jedoch weniger unter Verweis auf juristische Gegebenheiten als vielmehr durch Einsichten in eigene praktische Vorteile erhöhen lassen.⁴² Motivation und Beratung, wie sie von den Rehabilitationsträgern nach § 42 Abs. 3 Nr. 3 SGB IX auch zugunsten von Arbeitskollegen und Vorgesetzten geschuldet sind, können Schlüssel zum Erfolg sein.

E. Betriebliches Eingliederungsmanagement

Mit der Stufenweisen Wiedereingliederung ist ein wichtiges Instrument genannt, welches verhindern soll, dass erkrankte Beschäftigte langfristig aus dem Erwerbsleben ausgegliedert werden. Die Stufenweise Wiederein-

37 Ausführlich *Nebe*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/III, 55. Ergänzungslieferung, München 2014, vor §§ 112-129 SGB III, Rn. 1 b ff.

38 EuGH, 11.4.2013, Rs. C-335/11 (*Ring*) und Rs. C-337/11 (*Skouboe Werge*), NZA 2013, 553 ff.; dazu ausführlich der Beitrag von *Welti/Groskreutz*, RP-Reha 2014, Heft 1, S. 25 ff.

39 Bzw. allgemeine Fürsorgepflicht: *Dyck*, Stufenweise Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX, § 74 SGB V, Frankfurt a. M. (u. a.) 2011, S. 156 ff.; *Gagel*, br 2011, 66, 72; *Gagel*, DVfR Beitrag Forum B 2/2010; *Gagel*, jurisPR-ArbR 6/2007 Anm. 1; *Gagel*, NZA 2001, 988, 991; unterstützend *Pick*, DVfR Beitrag Forum B 8/2007; a. A. *Knittel*, in: ders. (Hrsg.), SGB IX, 6. Aufl., Köln 2012, § 28, Rn. 26 h.

40 *Oetker*, in: Staudinger BGB, Berlin 2016, § 618, Rn. 10 f.

41 *Gagel*, NZA 2001, 988, 991; *Nebe/Kalina*, RP-Reha 2014, Heft 1, S. 31, 35.

42 Dazu *Becker* im FMA-Forum der DVfR unter: <http://fma.reha-recht.de/index.php/Thread/20-Haben-Arbeitnehmer-innen-einen-individuellen-Anspruch-auf-die-Stufenweise-Wieder/>, letzter Abruf am 25.8.2017.

gliederung wird auch praktisch angewandt. Gleichwohl werden damit nicht alle Herausforderungen für den Erhalt von Arbeitsfähigkeit bewältigt.

Meist braucht es einen koordinierten Suchprozess im Betrieb. Seit 2004 sind Arbeitgeber zu einem solchen Suchprozess, dem sog. Betrieblichen Eingliederungsmanagement, vgl. § 167 Abs. 2 SGB IX, verpflichtet.⁴³ Ist ein Beschäftigter länger als sechs Wochen krank, ist zu prüfen, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Hilfen und Leistungen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt sowie der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Besteht in dem Betrieb ein Betriebsrat, muss das Betriebliche Eingliederungsmanagement gemeinsam mit dem Betriebsrat erfolgen. Ist der erkrankte Arbeitnehmer zugleich schwerbehindert, muss die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement findet nur mit Zustimmung des betroffenen Beschäftigten statt.⁴⁴

Die Belegschaftsstrukturen und die Arbeitsbedingungen ändern sich in Deutschland in mehrerlei Hinsicht. Mit dem gestiegenen gesetzlichen Renteneintrittsalter werden von Jahr zu Jahr mehr ältere Arbeitnehmer, auch jenseits des 65. Lebensjahres, beschäftigt. Die Belegschaften werden insgesamt durchschnittlich älter, womit auch die Zahl chronisch kranker und schwerbehinderter Beschäftigter überproportional zunimmt. Gleichzeitig ändern sich durch den Wandel von der Industrie- zur Dienstleistungsarbeit und durch die Digitalisierung der Arbeit die Arbeitsbedingungen selbst. Dies alles stellt wiederum den in Deutschland verpflichtenden präventiven Arbeitsschutz vor große Herausforderungen. Noch gibt es deutliche Defizite in der Vorbeugung von arbeitsbedingten Gesundheitsbelastungen, insbesondere bei der Vermeidung von psychosozialen Belastungen. Der Anstieg von psychisch kranken Menschen mit vorzeitigem Rentenbezug hält seit Jahren an.⁴⁵

Dieser so skizzierte tatsächliche Hintergrund zeigt, dass die Betriebe ein gutes Betriebliches Eingliederungsmanagement etablieren müssen. Wird ein an chronischen Rückenschmerzen oder wegen psychischer Störungen langzeiterkrankter Kollege bei der Rückkehr zu unveränderten Arbeitsbedingungen beschäftigt, ist mit einem baldigen Rückfall zu rechnen.

43 Ausführlich *Feldes/Niehaus/Faber*, Werkbuch BEM, Frankfurt a. M. 2015.

44 *Feldes*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol* (Hrsg.), SGB IX, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 2015, § 84, Rn. 89 ff.

45 BT-Drs. 18/8587, S. 21 f.

Stattdessen muss gemeinsam mit den im Betrieb Verantwortlichen, z. B. Betriebsrat, Betriebsarzt und Sicherheitsfachkraft, geprüft werden, welche Gefährdungen am Arbeitsplatz bestehen und mit welchen Maßnahmen diese abzubauen bzw. zu beseitigen sind.⁴⁶ Reicht eine solche einfache Gefährdungsbeurteilung, wie sie nach dem allgemeinen Arbeitsschutzgesetz geschuldet ist, vgl. § 5 ArbSchG, nicht aus, dann kommen gegebenenfalls die Leistungsansprüche gegen Sozialleistungsträger, aber auch die Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Änderung des Arbeitsvertrages in Betracht. Kann beispielsweise ein rückengeschädigter Mitarbeiter seine bisherige Tätigkeit nur mit einer technischen Hebehilfe verrichten, dann sind sowohl der Arbeitgeber, vgl. § 164 Abs. 4 SGB IX, aber auch verschiedenen denkbare Sozialleistungsträger, vgl. § 49 Abs. 8 SGB IX, verpflichtet, diese Maßnahmen bereitzustellen.⁴⁷ Dies alles kann am besten im Betrieb geklärt werden, weshalb die Verantwortung dafür der Arbeitgeber trägt. Diejenigen, die ein solches Betriebliches Eingliederungsmanagement zielgerecht einführen, können von den Sozialleistungsträgern durch Bonuszahlungen gefördert werden, vgl. § 167 Abs. 3 SGB IX. Hier handelt es sich um ein Anreiz-, nicht Sanktionssystem.

Trotz der seit nunmehr elf Jahren bestehenden Pflicht zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement gibt es zahlreiche Betriebe, in denen noch nichts in diese Richtung unternommen worden ist. Gerade für kleine und mittlere Unternehmen sind die Herausforderungen sehr hoch. Sie bedürfen daher der Unterstützung durch die Sozialleistungsträger, die auch für die Bereitstellung von sozialen Hilfen zuständig sind, die sog. Rehabilitationsträger. Hier haben sich in den letzten Jahren regional erfolgreiche Initiativen entwickelt, die sehr vom Engagement der Verantwortlichen vor Ort abhängen.

46 *Kohte*, Das betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, WSI-Mitteilungen 2010, 374.

47 *Nebe*, Instrumente zur Ermöglichung und Erhaltung einer Beschäftigung im laufenden Arbeitsverhältnis, in: Becker/Wacker/Banafsche (Hrsg.), *Homo faber disabled?*, Baden-Baden 2015, S. 163; *Nebe*, Rechtliche Aspekte – Rückkehr durch Verfahrens-, Präventions- und Anpassungspflichten, in: Weber/Peschkes/de Boer (Hrsg.), *Return to Work*, Stuttgart 2015, S. 36.

F. Sozialrechtliches Eingliederungsmanagement, Betriebliche Gesundheitsförderung und Prävention durch die Gesetzliche Rentenversicherung

Angesichts der deutlichen Reserven in den Betrieben, ein Betriebliches Eingliederungsmanagement zu etablieren, und wegen der weiterhin ansteigenden Ausgaben für Krankengeld sowie die zunehmenden Frühverrentungen sind nun, seit Mitte 2015, auch die Gesetzlichen Krankenkassen verpflichtet, die Arbeitnehmer zu beraten, welche Leistungen und unterstützenden Angebote zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit erforderlich sind, vgl. § 44 Abs. 4 SGB V. Sorgfältig muss allerdings beobachtet werden, ob die Krankenkassen diese Pflicht nutzen, um Druck auf die erkrankten Arbeitnehmer aufzubauen, ihre Arbeit früher aufzunehmen. Eine solche Umsetzung der Pflicht liefe dem gesetzgeberischen Anliegen zuwider und würde zugleich das Gegenteil bewirken. Sämtliche Verfahren verlangen ein hohes Maß an Vertrauen und sind deshalb allesamt für den erkrankten Arbeitnehmer freiwillig.

Eine letzte Aufgabe soll hier angesprochen werden: Nämlich dass Krankheit und Arbeitsunfähigkeit bestenfalls verhindert werden sollen. Zu diesem Zweck verpflichtet nicht nur das Arbeitsschutzgesetz den Arbeitgeber zu präventiven Maßnahmen wie der Gefährdungsbeurteilung, vgl. § 5 ArbSchG. Inzwischen hat der Gesetzgeber erkannt, dass der Aufbau einer breiten Präventionskultur in den Betrieben auch der Unterstützung von außen bedarf. Ferner sind die Pflichten der Krankenkassen in den letzten Jahren Stück für Stück erweitert worden. Die Pflicht zur Betrieblichen Gesundheitsförderung und vor allem die enge Abstimmung mit den Unfallversicherungsträgern sowie mit der Arbeitsschutzaufsicht sind in § 20 b und § 20 c SGB V deutlich ausgebaut worden.⁴⁸ Aber auch die Rentenversicherungsträger sollen nun stärker als bisher durch Präventionsleistungen dazu beitragen, dass Langzeiterkrankungen nicht in Frühverrentungen übergehen. Hierzu hat der Gesetzgeber im Zuge des Ende 2016 verab-

48 Durch das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz) v. 17.7.2015, BGBl. I 2015, 1368; dazu *Faller*, Gute Arbeit 2017, Nr. 2, 13 ff.; *Düwell*, RP-Reha 2016, Heft 1, 5 ff.

schiedeten Flexirentengesetzes⁴⁹ die Präventionspflicht in § 14 SGB VI besonders normiert.⁵⁰

Schlussbemerkung

Zum Schluss kann an die eingangs skizzierten notwendigen Strategien angeknüpft werden. Sämtliche Maßnahmen zur Prävention, Gesundheitsförderung und zur Organisation von (Wieder)Eingliederungsprozessen sind auf die Betriebe und Unternehmen angewiesen. Ohne deren Mitwirkungsbereitschaft lassen sich berufliche (Wieder)Eingliederungsprozesse nicht erfolgreich gestalten. Die Stärkung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements wird daher auch künftig ein zentrales rechtspolitisches Handlungsfeld sein.⁵¹ Die Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation ist aufgefordert, Gemeinsame Empfehlungen der Rehabilitationsträger zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement zu vereinbaren. Dabei sollte insbesondere die Interessenlage kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigt werden, denn dort fehlt es häufig an den personellen und fachlichen Ressourcen. Zu deren Unterstützung sind dann wiederum die Rehabilitationsträger gefragt.

49 Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs v. Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben v. 8.12.2016, BGBl. I 2016, 2838.

50 Roßbach, SuP 2017, 27.

51 Vgl. Entschließungsantrag BT-Drs. 18/10528, S. 4.